

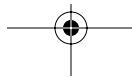
## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

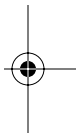
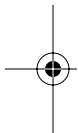
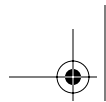
Sébastien GRAMMOND\*

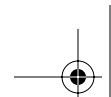
INTRODUCTION.....	287
I. L'IDENTITÉ AUTOCHTONE ÉCARTELÉE ENTRE LES SCIENCES SOCIALES ET LE DROIT ? .....	288
A. Le concept d'identité culturelle ou ethnique en sciences sociales .....	289
1. La culture et les groupes culturels .....	289
2. Les conceptions de l'identité .....	290
3. Les paramètres de l'identité autochtone.....	294
B. La régulation juridique de l'identité autochtone .....	298
1. L'ancienne <i>Loi sur les Indiens</i> .....	299
2. La « loi C-31 » et la réforme de la <i>Loi sur les Indiens</i> .....	305
3. Les codes d'appartenance des Premières Nations .....	309
4. L'autodétermination des Inuits.....	312
5. L'autodétermination des Métis.....	313
II. LE DROIT À L'ÉGALITÉ COMME FACTEUR DE CONVERGENCE ? .....	315
A. La théorie de l'égalité substantielle .....	317
B. Le statut d'autochtone à l'épreuve de l'égalité.....	321
1. La discrimination sexuelle .....	323
2. L'emploi de critères généalogiques.....	326
CONCLUSION .....	328

---

\* LL.B., LL.M. (Montréal), M.Stud., D.Phil. (Oxford) ; professeur agrégé et vice-doyen à la recherche, Faculté de droit (Section de droit civil), Université d'Ottawa ; avocat-conseil, Fraser Milner Casgrain s.r.l. Je désire remercier Christiane Guay et Lucie Lamarche qui ont accepté de lire une version antérieure du présent texte.







J'ai été le premier étudiant d'Andrée Lajoie à m'intéresser au droit des autochtones. Mes travaux de l'époque<sup>1</sup> étaient principalement axés sur une analyse du droit positif et négligeaient des perspectives pourtant chères à Andrée Lajoie, en particulier l'étude des liens entre le droit et la réalité sociale. À mesure que j'approfondissais ma connaissance du droit des autochtones, j'ai pris graduellement conscience du caractère incontournable d'un regard extérieur sur le droit, qui pouvait découler, à l'exemple des travaux ultérieurs d'Andrée Lajoie<sup>2</sup>, d'une approche sociologique permettant de comprendre les effets du droit sur les peuples autochtones et les déterminants sociaux et politiques de la construction de ce droit, mais aussi d'une approche philosophique permettant de justifier (ou, le cas échéant, de critiquer) l'application aux autochtones de règles particulières.

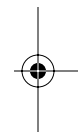
La présente étude se veut un témoignage de l'influence d'Andrée Lajoie sur mon cheminement intellectuel. J'y présente la problématique de la saisie de l'identité autochtone par le droit, c'est-à-dire des règles juridiques qui prétendent définir qui peut être considéré comme autochtone. Cela comprend, on s'en doute, les règles de la législation fédérale qui définissent le « statut d'Indien », mais aussi les normes adoptées par les peuples autochtones eux-mêmes, qu'il s'agisse des « codes d'appartenance » des Premières Nations, de la « coutume » inuite ou des règles que se sont données les groupes métis.

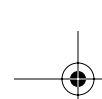
L'étude de ces règles d'appartenance soulève deux grandes catégories de questions, que l'on peut respectivement rattacher, au risque de simplifier quelque peu, à la sociologie et à la philosophie. Premièrement, l'adoption de définitions juridiques du statut d'autochtone suppose une certaine conception de ce qui constitue l'identité autochtone dans le « monde réel ». Or, on doit s'interroger sur la compatibilité des définitions juridiques avec l'état actuel de la con-

---

<sup>1</sup> Par exemple : Sébastien GRAMMOND, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1995 (il s'agit du mémoire de maîtrise que j'ai rédigé sous la direction d'Andrée Lajoie).

<sup>2</sup> Notamment, Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, P.U.F., 1997 ; Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, P.U.F., 2002.





naissance en sciences sociales au sujet de l'identité ethnique et, en particulier, de l'identité autochtone. C'est l'objet de la première partie du présent texte. Deuxièmement, il faut évaluer si un décalage entre l'identité juridique et l'identité sociologique peut être source d'injustice. Le droit à l'égalité semble constituer un instrument juridique qui offre le potentiel de réduire ce décalage. Cette hypothèse sera analysée dans la deuxième partie du présent texte.

## I. L'IDENTITÉ AUTOCHTONE ÉCARTELÉE ENTRE LES SCIENCES SOCIALES ET LE DROIT ?

La question de l'identité est un laboratoire fort révélateur des relations entre le droit et les sciences sociales. Alors que le droit est souvent vu comme une construction intellectuelle abstraite, les sciences sociales ouvrent au juriste la porte du « vrai monde », de la réalité sociale. Cette ouverture nous permet de comparer comment le droit et les sciences sociales traitent une même question : le rattachement d'individus à un groupe.

Dès maintenant, il faut souligner la perspective différente qui anime les deux disciplines. Lorsque le droit énonce une définition du statut d'autochtone, c'est pour en faire découler des conséquences concrètes. L'individu qui se voit reconnaître un tel statut pourra résider sur le territoire de son groupe ; il sera assujéti à la compétence des autorités du groupe en certaines matières ; il pourra réclamer des bénéfices matériels telle une part des compensations financières attribuées au groupe ou une exonération fiscale attribuée par l'État fédéral. Le droit poursuit donc l'objectif pratique d'assurer une certaine distribution des ressources ou des juridictions. Pour réaliser ce but, le droit recherche la certitude. Ainsi, le statut d'autochtone est habituellement considéré comme un concept binaire : un individu est autochtone ou ne l'est pas. Le droit n'admet pas la nuance ou l'entre-deux.

Les sciences sociales, quant à elles, tentent de décrire la réalité dans toute sa complexité, sans chercher à en faire découler des conséquences normatives. Elles ne s'enferment pas dans des catégories binaires. L'identité peut donc être multiple, nuancée, ambiguë. Tant pis pour celui qui recherche la simplicité. La confrontation





entre le droit et les sciences sociales met donc en jeu deux modes de connaissance ou de production du savoir.

### A. Le concept d'identité culturelle ou ethnique en sciences sociales

Commençons donc par l'identité en sciences sociales et précisons dès maintenant qu'il ne sera question que de l'identité reliée à la différence culturelle. Autrement dit, j'exclus d'autres volets de l'identité personnelle, comme l'identité sexuelle, professionnelle, familiale, etc. Pour bien comprendre cette application du concept d'identité, il faut d'abord définir les concepts de culture et d'ethnicité.

#### 1. La culture et les groupes culturels

Les sciences sociales conçoivent la culture de façon très large<sup>3</sup>, comme recouvrant l'ensemble des modes de vie et de pensée des êtres humains. L'anthropologue britannique Tylor en a donné une définition classique en disant que la culture était « ce tout complexe qui comprend la connaissance, les croyances, l'art, la morale, le droit, les coutumes et les autres capacités ou habitudes acquises par l'homme en tant que membre de la société »<sup>4</sup>. On oppose souvent la culture à la nature : la culture, c'est ce qui est acquis par l'être humain dans ses relations sociales. Étant donné la complexité de la vie humaine et l'influence de la société sur celle-ci, on ne s'étonnera pas de la vaste portée du concept de culture.

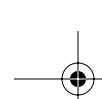
Peut-on classer la culture ? Autrement dit, est-il possible d'identifier, parmi la multitude des êtres humains, des groupes bien définis d'individus qui possèdent la même culture ? Un certain courant anthropologique, inspiré notamment par Franz Boas, apportait une réponse positive à cette question<sup>5</sup>. Les différentes cultures humaines étaient séparées les unes des autres, ne dérivait pas d'une

<sup>3</sup> Pour une introduction générale, voir Denys CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Découverte, 2004.

<sup>4</sup> Cité dans D. CUCHE, *op. cit.*, note 3, p. 16.

<sup>5</sup> D. CUCHE, *op. cit.*, note 3, p. 18-22.





culture commune et ne tendaient pas non plus à l'unité. On pensait donc qu'il était possible d'étudier chaque culture afin d'en découvrir les invariants, les éléments caractéristiques ou essentiels.

Une telle conception, souvent appelée « essentialiste », est aujourd'hui tombée en désuétude. On admet plutôt la variabilité inhérente à l'intérieur des groupes culturels et entre groupes culturels. L'acculturation ou le métissage sont maintenant considérés comme des phénomènes normaux plutôt que comme une pathologie, une déviation, voire une corruption d'une culture « pure »<sup>6</sup>. Une conséquence de cette manière de voir la diversité culturelle est qu'il est impossible, en sciences sociales, de définir des unités culturelles parfaitement homogènes. En d'autres termes, il n'y a pas de discontinuité totale entre différentes cultures, mais plutôt un dégradé, une variation continue. Les groupes culturels n'existent donc pas de façon objective, mais sont plutôt définis par l'observateur qui décide de prioriser des critères géographiques ou des traits culturels spécifiques afin de comparer et de classer des individus.

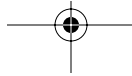
## 2. Les conceptions de l'identité

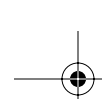
L'évolution du concept d'identité a suivi un cours semblable à celui de culture. L'identité d'un individu, c'est l'ensemble de ses appartenances à des groupes sociaux déterminés, tels le genre, la profession, la classe sociale, la citoyenneté, etc. Je me concentrerai ici uniquement sur les conceptions de l'identité qui permettent de décrire l'appartenance à un groupe autochtone : il s'agit des conceptions raciale, ethnique et relationnelle de l'identité.

Il est difficile de présenter sommairement un concept aussi controversé et mal défini que celui de race<sup>7</sup>. Qu'il suffise de dire, pour les fins du présent texte, qu'une conception raciale de l'identité est fondée sur l'idée que les individus peuvent être classés

<sup>6</sup> D. CUCHE, *op. cit.*, note 3, p. 50-66.

<sup>7</sup> Pour plus de détails, voir Sébastien GRAMMOND, « The Confusion Between "Race" and Indigenous Status », article soumis pour publication au *Queen's Law Journal*.





## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

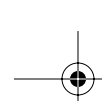
selon leurs caractéristiques physiques, notamment la couleur de la peau, que ces caractéristiques physiques déterminent le comportement des individus et que ces caractéristiques sont immuables et sont transmises par les gènes<sup>8</sup>. Une conception raciale de l'identité est souvent employée en vue de hiérarchiser des groupes humains, notamment en se fondant sur une vision stéréotypée du comportement des groupes raciaux jugés inférieurs. Le concept de race est aujourd'hui considéré comme non scientifique, étant donné la variabilité inhérente des caractéristiques physiques et l'impossibilité de trouver des critères de distinction objectifs et puisqu'il a été impossible de démontrer des liens entre caractéristiques physiques et comportement<sup>9</sup>.

En discréditant le concept de race, les anthropologues ont tenté, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, d'y substituer le concept de culture comme critère de différenciation entre groupes humains. Le qualificatif de groupe « ethnique » désigne, à cet égard, un groupe caractérisé par une culture commune spécifique. Or, la conception de la culture en vogue à cette époque supposait, comme on l'a vu plus haut, l'existence de groupes séparés identifiables par les éléments essentiels ou caractéristiques de leur culture. Il est donc normal que l'on ait tenté de définir l'identité ethnique d'un individu en vérifiant si celui-ci possède les attributs culturels qui sont considérés comme des éléments essentiels de la culture du groupe auquel on cherche à le rattacher. Pour donner un exemple quelque peu farfelu de cette conception, si l'on jugeait que l'accent particulier que possèdent les Québécois lorsqu'ils parlent le français constitue un élément essentiel de leur culture, il faudrait, pour décider si une personne est ou non un Québécois, écouter son accent. Il faut noter que, dans cette conception, les éléments culturels jugés essentiels, qui déterminent l'identité, sont choisis de manière permanente ou figée. L'observation extérieure aurait le potentiel de déterminer quels sont ces critères essentiels.

<sup>8</sup> Audrey SMEDLEY, *Race in North America: Origin and Evolution of a Worldview*, 2<sup>e</sup> éd., Boulder (CO), Westview Press, 1999, p. 28 ; Richard JENKINS, *Rethinking Ethnicity*, Londres, Sage Publications, 1997, p. 83.

<sup>9</sup> Albert JACQUARD, *Au péril de la science ?*, Paris, Seuil, 1982, p. 56-72.

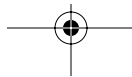




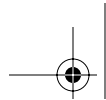
C'est le caractère artificiel d'une définition figée de la culture qui a amené les anthropologues, à la fin des années 1960, à proposer une nouvelle conception de l'identité ethnique<sup>10</sup>. Ces auteurs ont découvert que les individus s'identifient eux-mêmes à des groupes qu'on peut qualifier d'ethniques, mais pas toujours en fonction des facteurs culturels qui semblent les plus marqués aux yeux d'un observateur extérieur. Cela signifie qu'il n'existe pas de définition objective de l'identité ethnique d'un groupe. Chaque membre du groupe possède sa propre idée des critères d'appartenance au groupe, ce qui lui permet, dans les interactions quotidiennes, de distinguer les autres membres de son groupe des étrangers. Les étrangers peuvent aussi se forger leur propre idée afin de reconnaître les membres d'autres groupes que le leur. Dans tous les cas, il n'y a pas nécessairement accord entre tous les membres d'un groupe ethnique quant aux critères d'appartenance au groupe, c'est-à-dire quant à la définition de l'identité ethnique. Néanmoins, s'il y a un recoupement suffisant entre les conceptions d'un grand nombre d'individus, on peut parler, par agrégation, d'une conception collective de l'ethnicité du groupe concerné. Étant une agrégation de conceptions individuelles variables, cette conception collective sera nécessairement floue, mouvante et contestée à l'intérieur même du groupe. Utilisons encore une fois l'exemple du Québec pour illustrer cette nouvelle conception de l'identité. Il y a un demi-siècle, la plupart des résidents francophones du Québec se seraient décrits comme appartenant au groupe des « Canadiens-Français » ; pressés de questions sur les principales caractéristiques des membres de ce groupe, ils auraient répondu sans hésitation la langue française, mais aussi la religion catholique, et peut-être l'ascendance

---

<sup>10</sup> Voir notamment Fredrik BARTH, « Introduction », dans F. BARTH (dir.), *Ethnic Groups and Boundaries*, Prospect Heights (IL), Waveland Press, 1998 ; Thomas Hylland ERIKSEN, *Ethnicity and Nationalism*, Londres, Pluto Press, 1993, p. 10-12, 36-58 ; R. JENKINS, *op. cit.*, note 8 ; Danielle JUTEAU, *L'ethnicité et ses frontières*, Montréal, P.U.M., 1999 ; Jack David ELLER, « La culture au cœur du conflit : l'anthropologie, la différence culturelle et l'argument "ethnique" », dans Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Altérité et droit : contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 51 ; D. CUCHE, *op. cit.*, note 3, p. 82-95.







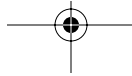
# L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

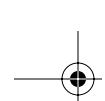
française, présente au Québec depuis au moins deux siècles. Aujourd'hui, le nom du groupe a changé : en raison des luttes politiques nationalistes, on se présente volontiers comme « Québécois », alors que « Canadien-Français » est passé de mode. La ferveur religieuse ayant considérablement reculé, très peu de Québécois mentionneraient la religion catholique comme paramètre de leur identité ethnique. De plus, les débats ayant entouré le projet nationaliste ont entraîné une remise en question des paramètres principaux de l'identité québécoise, si bien que l'ascendance française, voire la langue française elle-même, ne font plus l'unanimité comme éléments majeurs de l'identité québécoise<sup>11</sup>.

Une telle conception ethnique de l'identité est appelée « constructiviste », étant donné qu'elle affirme que l'identité n'est pas définie objectivement, mais est construite par les individus, ou encore « relationnelle », puisqu'elle apparaît à l'occasion des relations sociales. Cependant, il est tout à fait possible que les individus, placés dans un contexte spécifique d'interaction sociale, adoptent des facteurs raciaux ou culturels comme paramètres de leur identité ou de celle d'un autre groupe. Adopter une conception constructiviste de l'identité ne mène pas à nier de telles réalités lorsqu'elles sont observées ; cependant, souligner leur caractère construit facilite leur critique.

En fait, il faut souligner dès maintenant qu'une conception relationnelle de l'identité n'est pas gage de justice. Si l'identité est fonction d'un réseau de relations de reconnaissance mutuelle entre les individus concernés, on peut fort bien concevoir l'hypothèse que ce réseau traduise des exclusions injustes ou arbitraires. Un peuple autochtone, en effet, n'est pas un club privé, car il satisfait des besoins essentiels de ses membres. Un membre qui en est injustement exclu subit des conséquences négatives importantes. Or, étant donné que l'identité et la culture n'existent pas « dans la nature », mais sont plutôt des produits de l'interaction sociale, il n'existe aucune raison de croire qu'une conception de l'identité

<sup>11</sup> Voir, pour une présentation générale du débat, Geneviève MATHIEU, *Qui est Québécois ? Synthèse du débat sur la redéfinition de la nation*, Montréal, VLB éditeur, 2001.





observée dans un groupe donné soit, du seul fait de son existence, plus authentique ou plus juste qu'une autre. Il n'est pas possible d'éviter la question des relations de pouvoir dans la définition de l'identité.

### 3. Les paramètres de l'identité autochtone

À la lumière d'une conception constructiviste de l'identité, quels sont les principaux paramètres utilisés par les autochtones pour décrire leur identité ? Évidemment, il ne s'agit pas ici d'étudier les conceptions d'un groupe autochtone spécifique, mais plutôt de donner une idée générale des facteurs qui ont été identifiés par les chercheurs en sciences sociales.

Il est sans doute impossible d'éviter l'expression « sang indien » lorsqu'on traite d'identité autochtone. Le « sang », c'est en réalité l'ascendance, le statut des ancêtres. Avant le contact avec les Européens, l'ascendance pouvait déterminer l'appartenance à un clan et, indirectement, à un groupe autochtone plus large<sup>12</sup>. Il est difficile de savoir à quel point l'ascendance était utilisée d'une manière rigide ; en tout état de cause, il semble que l'adoption était largement pratiquée, permettant ainsi à quelqu'un de devenir membre d'un clan en l'absence de tout lien biologique<sup>13</sup>.

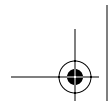
C'est sans doute en raison de l'influence des conceptions raciales qui imprégnaient la société occidentale du XIX<sup>e</sup> siècle que les autochtones ont été définis, et en sont parfois venus à se définir eux-mêmes, en termes raciaux<sup>14</sup>. En effet, on croyait que les traits non seulement physiques, mais aussi culturels, se transmettaient par les gènes, de telle sorte que l'on pouvait évaluer si une personne

<sup>12</sup> Circé STURM, *Blood Politics: Race, Culture and Identity in the Cherokee Nation of Oklahoma*, Berkeley, University of California Press, 2002, p. 30 ; Antonia MILLS, *Eagle Down is our Law: Witsuwit'en Law, Feasts and Land Claims*, Vancouver, UBC Press, 1994, p. 101-112, 142 et 143.

<sup>13</sup> Roland VIAU, *Femmes de personne: Sexes, genres et pouvoirs en Iroquoisie ancienne*, Montréal, Boréal, 2000, p. 79 et suiv. ; Gerald R. ALFRED, *Heeding the Voices of our Ancestors*, Toronto, Oxford University Press, 1995, p. 163.

<sup>14</sup> C. STURM, *op. cit.*, note 12, p. 51.





## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

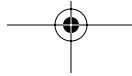
était autochtone en calculant la proportion de ses ancêtres qui étaient eux-mêmes autochtones. C'est ce qu'on a appelé la proportion de sang indien (en anglais, *blood quantum*). Beaucoup de groupes autochtones aux États-Unis et au Canada emploient une telle mesure comme critère d'appartenance. Il est fort possible que les fondements raciaux de l'utilisation de critères d'ascendance dans les lois coloniales régissant le statut d'autochtone aient été intériorisés par les peuples autochtones : après tout, si le gouvernement reconnaît que tel individu est autochtone, « cela doit être vrai »<sup>15</sup>. Une telle utilisation d'un critère généalogique rigide pour identifier les autochtones trahit une conception raciale de l'identité, voulant que celle-ci se transmette par les gènes, à la naissance, et devienne par la suite immuable. L'importance qu'a prise l'ascendance comme paramètre de l'identité autochtone se manifeste aussi par la physionomie : on aura peu de mal à se convaincre qu'une personne qui possède les traits physiques caractéristiques des autochtones est bel et bien autochtone, alors qu'on demandera à une personne qui ne possède pas ces traits de prouver qu'elle a du « sang indien »<sup>16</sup>. Aux États-Unis, même si bon nombre de Noirs ont été adoptés ou sont devenus membres de certains peuples autochtones, bien des gens expriment leur scepticisme devant l'identité autochtone de personnes qui ont des traits physiques africains<sup>17</sup>. Ce recours à des critères physionomiques était monnaie courante au Canada et n'est pas entièrement disparu<sup>18</sup>.

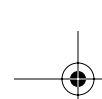
<sup>15</sup> Eva Marie GARROUTTE, *Real Indians : Identity and the Survival of Native America*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 31 et suiv. ; C. STURM, *op. cit.*, note 12, p. 88 et 108-110.

<sup>16</sup> E.M. GARROUTTE, *op. cit.*, note 15, p. 51 et 52 ; C. STURM, *op. cit.*, note 12, p. 111-115.

<sup>17</sup> C. STURM, *op. cit.*, note 12, p. 168-200.

<sup>18</sup> Constance BACKHOUSE, *Colour-Coded : A Legal History of Racism in Canada, 1900-1950*, Toronto, Osgoode Society, 1999, notamment aux p. 18-55 ; dans un récent jugement de la Cour fédérale, on apprend que l'un des critères employés par la Gendarmerie royale du Canada pour déterminer l'identité autochtone et l'éligibilité à des programmes spéciaux est l'apparence autochtone (« *looking aboriginal* ») : *Bruno c. Canada (A.G.)*, [2006] 4 C.N.L.R. 1 (C.F.).





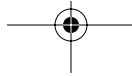
## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

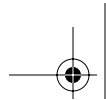
Cependant, on peut définir l'identité par la généalogie sans tomber dans le racisme. Si l'on considère que la famille est l'un des principaux vecteurs de transmission de la culture<sup>19</sup>, il devient légitime de considérer l'ascendance comme une approximation de la culture. Lorsque les deux parents d'un enfant sont autochtones, il est raisonnable de penser qu'ils transmettront leur culture autochtone à leur enfant et que celui-ci pourra se dire autochtone sur le plan culturel. Il faut toutefois comprendre que l'ascendance, dans un tel cas, n'est qu'une approximation : la culture n'est pas déterminée à la naissance et dépend non seulement de l'éducation donnée par les parents, mais aussi de la socialisation subséquente de l'enfant, hors de sa famille. L'exemple des mariages mixtes illustre le caractère relatif de la généalogie comme déterminant de l'identité. Lorsque les parents d'un enfant proviennent de deux groupes culturels différents, il est impossible, en l'absence d'information additionnelle sur le lieu de résidence, la langue parlée à la maison, la scolarisation, etc., de dire si l'enfant se réclamera davantage de l'identité du groupe de sa mère ou de celui de son père.

Étant donné que la généalogie ne constitue qu'une approximation de la culture, on pourrait être tenté de définir l'identité autochtone en se référant directement aux attributs culturels des personnes concernées : c'est ce qu'on peut appeler une conception culturelle de l'identité. Dans son étude de l'identité cherokee, Sturm a identifié le comportement social, la langue, la religion et la résidence (ou la participation communautaire) comme facteurs qui, même s'ils ne font pas partie de la définition juridique de la citoyenneté cherokee, sont couramment utilisés par les Cherokees dans leurs interactions sociales pour mesurer l'identité d'autres membres de leur groupe<sup>20</sup>. La langue et la religion peuvent paraître des critères faciles à manier : il est facile de vérifier si une personne parle une langue autochtone ou non. Cependant, on sait qu'au Canada, une proportion importante de la population autochtone ne parle pas une langue autochtone, entre autres à cause des politiques d'assimila-

<sup>19</sup> Danielle JUTEAU, *L'ethnicité et ses frontières*, Montréal, P.U.M., 1999, p. 86-102.

<sup>20</sup> C. STURM, *op. cit.*, note 12, p. 108-136.





L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

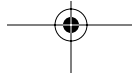
tion et des pensionnats où l'on interdisait aux enfants autochtones de parler leur langue. De même, de nombreux peuples autochtones ont adopté des religions chrétiennes. Le comportement social et la résidence, quant à eux, référerait en réalité à un ensemble de comportements que les autochtones eux-mêmes considèrent comme étant « typiquement autochtones ». Comme le dit Sturm : « the vast majority of Cherokees believe that they have a unique style of social behavior and interaction, and this difference plays a key role in whether or not they recognize someone as Cherokee »<sup>21</sup>. Ces comportements traduiraient un certain nombre de valeurs autochtones typiques, que l'on acquiert en résidant dans une communauté autochtone et en participant aux activités de celle-ci, en parlant sa langue et en adhérant à sa spiritualité. On voit donc que ces attributs culturels sont difficilement dissociables les uns des autres.

Bien entendu, on ne doit pas sous-estimer le risque qu'une conception culturelle de l'identité autochtone devienne figée et qu'elle aboutisse à la négation de l'identité des individus qui adoptent un comportement jugé « non traditionnel » ou, pire, qu'elle officialise des visions purement stéréotypées de la culture autochtone. Dire, par exemple, que l'on n'est pas autochtone si l'on ne passe pas l'hiver sur le territoire traditionnel, c'est imposer un moule unique à la culture autochtone.

Certains auteurs proposent de dépasser la conception culturelle de l'identité autochtone et suggèrent qu'une conception « relationnelle » décrit plus adéquatement le processus par lequel les membres d'un groupe autochtone se reconnaissent entre eux. Ainsi, Schouls affirme que l'identité autochtone est davantage définie par des facteurs comme l'ascendance, la mémoire historique commune, le lien avec le territoire et la solidarité entre les membres du groupe que par la culture<sup>22</sup>. Garrouette, quant à elle, affirme que l'identité autochtone doit être reconstruite à partir des conceptions autochtones

<sup>21</sup> C. STURM, *op. cit.*, note 12, p. 118.

<sup>22</sup> Tim SCHOULS, *Shifting Boundaries : Aboriginal Identity, Pluralist Theory, and the Politics of Self-Government*, Vancouver, UBC Press, 2003, p. 119, 120 et 154.



des liens de parenté<sup>23</sup>. Selon elle, en effet, les autochtones se reconnaissent entre eux malgré ce que certains appelleraient la « dilution du sang ». De nombreux peuples autochtones pratiquaient d'ailleurs l'adoption, par laquelle un étranger se voyait attribuer un clan et une généalogie. Ce qui fait qu'une personne est autochtone, c'est qu'elle participe à un réseau de relations d'entraide et de réciprocité fondé sur les liens de parenté.

## B. La régulation juridique de l'identité autochtone

La discussion qui précède souligne le caractère éminemment fluide du concept d'identité autochtone. Dans ce contexte, on peut s'interroger sur la pertinence d'en donner une définition juridique. En bout de ligne, l'identité ethnique n'est-elle pas un choix personnel ? N'y aurait-il pas un droit fondamental à choisir son identité ethnique, à ne pas se voir imposer une identité par l'État ? Par exemple, l'État canadien ne réglemente pas l'appartenance à une religion et, lorsque la religion d'un individu devient juridiquement pertinente, il accepte habituellement sans réserve l'affirmation de l'individu concerné<sup>24</sup>. De la même manière, les droits linguistiques au Canada (sauf en matière d'éducation) sont structurés de telle manière qu'un individu puisse choisir d'employer le français ou l'anglais sans égard à sa langue maternelle, à sa langue d'usage ou à toute autre mesure de son identité linguistique<sup>25</sup>. En droit international, on recommande de permettre aux individus d'identifier eux-mêmes le groupe auquel ils appartiennent à des fins de discrimination positive<sup>26</sup>.

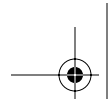
Pourquoi en irait-il différemment des peuples autochtones ? De quel droit l'État peut-il décider qui est autochtone et qui ne l'est pas ? Les exemples mentionnés plus haut ont un point en commun : la reconnaissance d'une identité religieuse ou linguistique

<sup>23</sup> E.M. GARROUTTE, *op. cit.*, note 15, p. 118-136.

<sup>24</sup> *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 ; *Buhs c. Leroy (Rural Municipality n° 339)*, (2002) 211 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 55 (C.A. Sask.).

<sup>25</sup> *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

<sup>26</sup> Comité sur l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale n° 8*, Doc. N.U. A/45/18 (1990).



## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

particulière n'entraîne pas une dépense importante de fonds publics, l'attribution d'une ressource limitée ou l'application d'une règle de droit distincte. Au contraire, lorsque des ressources importantes sont en jeu, l'État n'hésite pas à réglementer l'identité. Tous les États possèdent des lois régissant la citoyenneté et l'immigration. Dans le cas des peuples autochtones, c'est souvent la question territoriale qui a mené aux premières définitions juridiques du statut d'autochtone. Dès lors que l'on mettait de côté des réserves pour l'usage exclusif des bandes indiennes, il fallait savoir qui étaient les membres de ces bandes. Plus récemment, la définition juridique du statut d'autochtone a été rendue nécessaire par les bénéfices qui sont accordés aux individus autochtones par l'État fédéral, comme l'exonération fiscale ou le remboursement des frais de santé ou d'éducation postsecondaire. Aux États-Unis, la définition du statut d'autochtone découle aussi de l'application différentielle du droit pénal ou du droit en matière de protection de la jeunesse. Dans la plupart des cas, ces motivations ont mené à des définitions restrictives du statut d'autochtone : il fallait protéger les réserves contre l'intrusion des « Blancs », ou encore s'assurer que seuls les « vrais Indiens » étaient exonérés d'impôt.

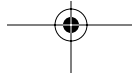
Nous étudierons donc, dans les pages qui suivent, les différents ensembles de règles qui prétendent traduire juridiquement l'identité autochtone, en soulignant qui les a adoptées, dans quel but et selon quelle conception de l'identité. Au cours de cette analyse, nous constaterons que les problèmes reliés à la définition du statut d'autochtone se rassemblent autour de deux pôles principaux : le rôle des distinctions sexuelles et l'emploi de critères fondés sur l'ascendance, notamment ceux qui font appel à une proportion fixe de « sang indien ».

### 1. L'ancienne *Loi sur les Indiens*

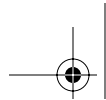
C'est en 1850 qu'apparaissent les premières définitions du statut d'autochtone dans les lois canadiennes relatives à la protection des terres de réserve<sup>27</sup>. Ces lois adoptaient une conception plutôt

---

<sup>27</sup> *Acte pour protéger les sauvages dans le Haut-Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont la jouissance, contre tous*







large de l'identité autochtone, puisqu'il suffisait d'être autochtone par son père ou sa mère pour obtenir le droit d'habiter sur une réserve. La loi ne faisait pas de distinction selon le sexe. En fait, ces définitions semblent traduire une conception principalement culturelle, sans doute stéréotypée, qui permettait aux lois précédentes de référer aux Indiens sans les définir et qui transparaît dans des décisions judiciaires subséquentes qui déterminent le statut d'un individu en fonction du port de mocassins, du fait de parler une langue autochtone plutôt que l'anglais ou du fait de vivre du produit de la chasse et de la pêche<sup>28</sup>.

Dès 1876, cependant, lorsque ces lois furent consolidées pour former l'*Acte des sauvages*<sup>29</sup> (maintenant connu sous le titre de *Loi sur les Indiens*), l'aspect racial de l'identité autochtone a pris beaucoup d'importance. En effet, un « sauvage » était alors défini comme « *Premièrement.* – Tout individu du sexe masculin et de sang sauvage, réputé appartenir à une bande particulière ; *Secon- dement.* – Tout enfant de tel individu ; *Troisièmement.* – Toute femme qui est ou a été légalement mariée à tel individu ». Le statut d'autochtone se transmettait donc par les hommes seulement, mais sans égard à la proportion de « sang indien ».

Deux règles importantes démontrent néanmoins que le législateur fédéral ne considérait pas l'identité autochtone comme immuable et déterminée à la naissance. La première de ces règles, introduite en 1857<sup>30</sup>, concerne l'émancipation, c'est-à-dire la perte du statut d'Indien d'une personne qui, selon les différentes versions de la loi, « d'après le degré de civilisation auquel il ou elle est parvenu, et la réputation d'intégrité, de moralité et de sobriété dont

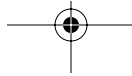
---

*empiètements et dommages*, S. Prov. C. 1850, c. 74 ; *Acte des sauvages*, S.C. 1876, c. 18.

<sup>28</sup> Voir, par exemple, R. c. *Pickard*, (1908) 14 C.C.C. 33 (Dist. Ct. Alberta) ; C. BACKHOUSE, *op. cit.*, note 18, p. 24-27.

<sup>29</sup> S.C. 1876, c. 18, art. 3(3).

<sup>30</sup> *Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, c. 26, art. 3.





## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

il ou elle jouit, paraît posséder les qualités requises pour devenir propriétaire de terre en pleine propriété » (1876) ou, plus laconiquement, « est qualifié ou qualifiée pour être admis ou admise à jouir des droits et privilèges de citoyen »<sup>31</sup> (1927). Les règles de l'émancipation visaient à mettre en œuvre juridiquement la politique à long terme du gouvernement de l'époque, qui était d'assimiler les autochtones à la population d'origine européenne, en les incitant à abandonner leur culture jugée primitive. Lorsqu'un individu avait atteint ce résultat, il était logique de l'exclure de sa bande et de le traiter comme tout autre citoyen non autochtone. Ces règles font preuve de l'antinomie qui était alors perçue entre la culture autochtone et la culture occidentale<sup>32</sup>. La marque sans doute la plus frappante de cette opposition est la disposition, en vigueur entre 1876 et 1880, qui émancipait automatiquement tout autochtone qui devenait avocat, médecin ou ministre du culte ou qui obtenait un diplôme universitaire : une telle personne avait nécessairement perdu sa culture autochtone.

L'exclusion de la femme autochtone qui épousait un non-autochtone est une règle qui est devenue tristement célèbre et dont les conséquences se font encore sentir aujourd'hui. Les circonstances et les motifs de son adoption sont quelque peu nébuleux. Dès 1851, la loi traitait différemment les mariages mixtes selon le sexe de l'époux autochtone : si un homme autochtone épousait une femme non autochtone, celle-ci acquérait le statut ; mais dans le cas contraire, chaque époux conservait son statut, c'est-à-dire que la femme demeurait autochtone, mais son époux ne le devenait pas<sup>33</sup>. En 1869, cependant, dans le cadre d'une loi sur l'émancipation, le Parlement a adopté une disposition par laquelle la femme

<sup>31</sup> *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, art. 110.

<sup>32</sup> Robert Jarvis BROWNLIE, « 'A better citizen than lots of white men' : First Nations Enfranchisement – an Ontario Case Study, 1918-1940 », (2006) 87 *Canadian Historical Review* 29, particulièrement 46-50.

<sup>33</sup> *Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé : Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S. Prov. C. 1851, c. 59, art. 2.

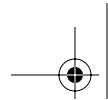
autochtone perdait son statut dès lors qu'elle épousait un non-autochtone<sup>34</sup>. Certains ont affirmé que le but de la loi de 1869 était de protéger les bandes indiennes contre l'arrivée d'hommes blancs, dont on craignait qu'ils prennent le contrôle des conseils de bande<sup>35</sup>. Cette hypothèse, qui n'est pas supportée par les débats parlementaires<sup>36</sup>, semble plus convaincante au sujet de la loi de 1851<sup>37</sup>. L'explication la plus cohérente de la loi de 1869 est qu'elle constituait un aspect de la politique d'émancipation et que, dans la conception sexiste et raciste des élites de l'époque, l'homme imposerait naturellement sa culture à son épouse, si bien qu'un mariage entre un homme blanc et une femme indienne équivalait à l'émancipation de celle-ci. Des recherches récentes suggèrent que les deux règles auraient une origine commune dans la recommandation d'une commission d'enquête de 1844 sur la gestion des affaires autochtones, qui, en vue de réduire les dépenses publiques, suggérait que les Indiennes ayant épousé des non-Indiens ne puissent plus recevoir de présents et que les autochtones ayant reçu une éducation

<sup>34</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, c. 6.

<sup>35</sup> *Martin c. Chapman*, [1983] 1 R.C.S. 365, 379 (juge Lamer, dissident); *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, 268 (juge L'Heureux-Dubé); COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport*, vol. 4, Perspectives et réalités, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, p. 29.

<sup>36</sup> *Débats de la Chambre des communes*, 27 avril 1869, p. 83-85 (le ministre Langevin).

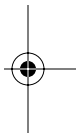
<sup>37</sup> Dans une recension de l'un de mes ouvrages, le professeur Émond soutient que les Abénakis et les Mohawks auraient réclamé l'exclusion des femmes qui épousaient des non-autochtones et que le gouvernement aurait répondu à leurs attentes en adoptant la loi de 1851 (André ÉMOND, « Une synthèse du droit des autochtones : à propos d'un ouvrage de Sébastien Grammond », (2003) 44 *C. de D.* 539, 546). Il semble pourtant que les revendications de 1850-1851 portaient sur un point beaucoup plus précis : le fait que la loi de 1850 accordait le statut d'Indien à des hommes blancs qui épousaient une femme autochtone. C'est cet aspect, et cet aspect seulement, qui a été modifié en 1851 ; il n'était alors pas question de priver de leur statut les femmes qui épousaient un non-autochtone, ce qui ne fut fait qu'en 1869.



## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

de base reçoivent un lopin de terre en pleine propriété et cessent dès lors d'être considérés comme autochtones<sup>38</sup>. De toute manière, il semble qu'à cette époque, les mariages mixtes étaient plutôt le fait d'hommes non autochtones qui épousaient des femmes autochtones, et non l'inverse, si bien que la règle adoptée en 1869 visait en réalité la plus grande partie des mariages mixtes<sup>39</sup>.

Bien que des recherches additionnelles dans les archives soient nécessaires pour parvenir à des conclusions définitives, les informations actuellement disponibles démontrent que ces règles, notamment l'émancipation et l'exclusion de la femme mariée, ont été adoptées unilatéralement par le législateur fédéral, sans consultation des autochtones et souvent malgré leurs protestations<sup>40</sup>. La seule exception semble être la loi de 1851, adoptée en réponse aux demandes de chefs autochtones (masculins) du Québec qui craignaient que leurs terres soient trop exiguës pour accueillir toutes les personnes éligibles selon la loi de 1850<sup>41</sup>. Par contre, les autochtones ont protesté contre l'exclusion de la femme mariée<sup>42</sup> et surtout contre l'émancipation, particulièrement lorsque le Parlement a tenté d'appliquer celle-ci à des autochtones qui ne le souhaitaient



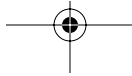
<sup>38</sup> John F. LESLIE, *Assimilation, Integration or Termination? The Development of Canadian Indian Policy, 1943-1963*, thèse de doctorat, Université Carleton, 1999, p. 35 et 36.

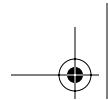
<sup>39</sup> Lilianne E. KROSENBRINK-GELISSEN, *Sexual Equality as an Aboriginal Right: The Native Women's Association of Canada and the Constitutional Process on Aboriginal Matters, 1982-1987*, Saarbrücken, Breitenbach Publishers, 1991, p. 52 ; Victoria FREEMAN, « Attitudes Toward "Miscegenation" in Canada, the United States, New Zealand, and Australia, 1860-1914 », (2005) 16 *Native Studies Review* 41, 50 et 51.

<sup>40</sup> J.F. LESLIE, *op. cit.*, note 38, p. 47.

<sup>41</sup> Denys DELÂGE et Jean-Pierre SAWAYA, *Les traités des Sept-Feux avec les Britanniques*, Sillery, Septentrion, 2001, p. 191-194.

<sup>42</sup> John LESLIE et Ron MAGUIRE, *Historique de la Loi sur les Indiens*, 2<sup>e</sup> éd., Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1980, p. 73 ; « Minutes of the Joint Council of the Garden River and Batchewana Bands » (6 août 1875), Archives nationales du Canada, RG 10, vol. 1967, dossier 5184.





pas<sup>43</sup>. De plus, le gouvernement s'était vu octroyer le droit de décider en dernier recours si une personne possédait le statut d'Indien ou non<sup>44</sup>.

Ces règles sont demeurées en vigueur jusqu'à la révision de la *Loi sur les Indiens* en 1951<sup>45</sup>. Cette réforme a donné lieu à un renforcement des aspects raciaux de la définition du statut d'autochtone. En effet, le Parlement, tout en maintenant le principe de la transmission du statut par la lignée masculine, a ajouté une règle, appelée en anglais « *double-mother rule* », par laquelle les enfants de deux générations successives de mariages mixtes étaient privés du statut. Contrairement à l'émancipation, cette règle s'appliquait sans égard aux attributs culturels, stéréotypés ou non, de la personne concernée. Comme l'a souligné la Cour suprême dans une décision subséquente, le Parlement voulait « promouvoir la conservation de la pureté du sang indien »<sup>46</sup>, mais l'adoption de cette règle était sans doute davantage motivée par le souci de ne pas permettre à des personnes qui avaient 25 % de « sang indien » ou moins de profiter des fonds publics alloués aux autochtones<sup>47</sup>.

Contrairement aux lois de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la loi de 1951 a été adoptée à la suite d'une consultation des peuples autochtones, sans doute la première du genre dans l'histoire moderne du Canada<sup>48</sup>. Cependant, en ce qui a trait au statut d'autochtone, le Parlement a rejeté la principale revendication énoncée par les peuples autochtones lors de cette consultation, à savoir la délégation aux bandes indiennes du pouvoir de déterminer leurs propres règles d'appar-

<sup>43</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport*, vol. 1, p. 156-159; E. Brian TITLEY, *A Narrow Vision: Duncan Campbell Scott and the Administration of Indian Affairs in Canada*, Vancouver, UBC Press, 1986, p. 49; J.F. LESLIE, *op. cit.*, note 38, p. 39, 64, 150, 151, 233.

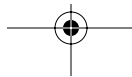
<sup>44</sup> *Acte amendant l'Acte des Sauvages*, S.C. 1887, c. 33, art. 1.

<sup>45</sup> *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, c. 29; maintenant L.R.C. 1985, c. I-5.

<sup>46</sup> *Martin c. Chapman*, [1983] 1 R.C.S. 365, 379 (J. Lamer, dissident).

<sup>47</sup> Mémoire au Cabinet de Walter E. Harris, ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, document du Cabinet n° 133-50 (1<sup>er</sup> mai 1950), Archives nationales du Canada, RG2, série B-2, vol. 137.

<sup>48</sup> John F. LESLIE, *op. cit.*, note 38.



## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

tenance, et aurait également mis de côté l'opposition de certains leaders autochtones à la « *double-mother rule* »<sup>49</sup>. De plus, il faut souligner que les chefs autochtones consultés n'ont exprimé aucun malaise face à la règle de l'exclusion de la femme mariée. L'Association des Indiens de l'Alberta a même explicitement déclaré son accord avec la règle<sup>50</sup>. On peut donc conclure que les dirigeants autochtones (tous des hommes à cette époque, les femmes n'étant pas éligibles) avaient intériorisé les présupposés sexistes qui sous-tendaient la loi de 1869.

## 2. La « loi C-31 » et la réforme de la *Loi sur les Indiens*

L'influence du mouvement féministe, l'importance grandissante accordée aux droits de la personne et la libéralisation du divorce ont rendu l'ancien régime intenable. En effet, alors qu'un nombre croissant de femmes autochtones ont perdu leur statut dans l'après-guerre, la possibilité de divorcer et le désir des femmes divorcées de retourner dans leur communauté d'origine a donné lieu à plusieurs contestations. Des femmes qui voulaient retrouver leur statut se sont servies de nouveaux mécanismes qui permettaient de contester la validité de lois incompatibles avec les droits de la personne<sup>51</sup>.

Invoquant l'égalité devant la loi, sans distinction de sexe, garantie par la *Déclaration canadienne des droits*<sup>52</sup>, Jeannette Lavell et Yvonne Bédard ont demandé aux tribunaux canadiens d'invalidier l'article 12(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens*, la disposition qui privait

<sup>49</sup> J. F. LESLIE, *op. cit.*, note 38, p. 225.

<sup>50</sup> Note à Walter E. Harris, ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, de la part de l'Indian Association of Alberta (7 septembre 1950), Archives nationales du Canada, RG2, série B-2, vol. 164, dossier I-14.

<sup>51</sup> Wendy MOSS, « Indigenous Self-Government in Canada and Sexual Equality Under the Indian Act: Resolving Conflicts Between Collective and Individual Rights », (1990) 15 *Queen's L.J.* 279; Sally M. WEAVER, « First Nations Women and Government Policy, 1970-92: Discrimination and Conflict », dans Sandra BURT, Lorraine CODE and Lindsay DORNEY (dir.), *Changing Patterns: Women in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1993, p. 92.

<sup>52</sup> L.R.C. 1985, app. III.

de leur statut les femmes qui épousaient un non-Indien<sup>53</sup>. En 1974, la Cour suprême, à la majorité, a rejeté leur demande, mais les motifs des juges majoritaires témoignent davantage d'une incapacité de définir le droit à l'égalité d'une manière qui puisse s'appliquer à des lois qui accordent des droits particuliers à une minorité que d'une approbation de la règle contestée. Seul le juge Laskin, en dissidence, a affirmé que la disposition attaquée discriminait en fonction du sexe, n'avait aucune justification biologique, ne reflétait pas les traditions autochtones et avait des répercussions extrêmement défavorables sur les femmes qui y étaient assujetties.

Sandra Lovelace, une autre femme autochtone qui avait perdu son statut, a, quant à elle, porté sa cause devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, alléguant que la *Loi sur les Indiens* était incompatible avec plusieurs droits garantis par le *Pacte international sur les droits civils et politiques*<sup>54</sup>. Dans sa décision rendue en 1981, le Comité n'a pas statué sur une violation éventuelle du droit à l'égalité, mais a plutôt fait reposer son raisonnement sur l'article 27 du *Pacte*, qui garantit à tout membre d'une minorité ethnique le droit de jouir de sa culture en commun avec les autres membres de son groupe<sup>55</sup>. Le Comité a statué que madame Lovelace devait être considérée comme membre d'une telle minorité, même si ce statut n'était pas reconnu en droit canadien.

Les diverses déclarations des droits ont donc été d'un secours limité pour les femmes autochtones : l'affaire *Lavell* a été un échec et l'affaire *Lovelace* a mené à une décision motivée uniquement par les circonstances particulières de la plaignante. Ces décisions donnaient peu d'indications sur les exigences qui découlaient du droit à l'égalité. Néanmoins, la décision *Lovelace* était particulièrement embarrassante pour le Canada, surtout en raison de l'adoption, presque au même moment, de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>56</sup>. Il semblait évident que la *Charte* était destinée à recevoir une interprétation beaucoup plus généreuse que celle des ins-

<sup>53</sup> *P.G. Canada c. Lavell; Isaac c. Bédard*, [1974] R.C.S. 1349.

<sup>54</sup> (1976) 999 R.T.N.U. 107.

<sup>55</sup> *Lovelace c. Canada*, Doc. NU A/36/40, p. 178 (1981).

<sup>56</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, App. II, n° 44.

## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

truments qui l'avaient précédée. Une réforme de la *Loi sur les Indiens* était devenue urgente, notamment pour rendre celle-ci conforme au droit à l'égalité sans distinction de sexe. Cependant, le gouvernement fédéral était coincé entre les revendications des femmes autochtones, appuyées par de nombreux groupes de femmes non autochtones, qui exigeaient la réintégration des femmes exclues et de leurs descendants, et la position des chefs autochtones et de leurs associations, qui voyaient d'un mauvais œil le retour de femmes ayant vécu à l'extérieur des réserves, s'inquiétaient de la pénurie de ressources et de logements qui pourrait résulter de l'arrivée de nouveaux membres et exigeaient que le problème ne soit réglé que dans le cadre plus général de l'octroi de l'autonomie gouvernementale.

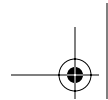
C'est finalement en 1985 que la *Loi sur les Indiens* a été modifiée, par ce qu'il est convenu d'appeler « loi C-31 »<sup>57</sup>. Le statut d'Indien a été donné à nouveau aux femmes qui l'avaient perdu en raison de leur mariage avec un non-Indien, ainsi qu'à leurs descendants. Cependant, le statut d'Indien et celui de membre d'une bande ont désormais été séparés. Les bandes indiennes se sont vu reconnaître le pouvoir d'adopter leurs propres codes d'appartenance (qui seront examinés dans la section suivante), qui déterminent l'admissibilité à la plupart des bénéfices conférés par la bande, comme le droit de résider sur la réserve ou d'obtenir un logement, le droit de vote aux élections du conseil de bande, etc. Seuls les bénéfices directement conférés par le gouvernement fédéral, comme l'exonération fiscale, demeurent régis par le statut d'Indien.

Les nouvelles règles sur le statut d'Indien ne sont pas exemptes de problèmes. Au premier plan des dispositions suspectes se trouve la règle de la seconde génération (« *second generation cut-off* ») de l'article 6(2) de la *Loi*. Un peu à la manière de la « *double-mother rule* » de la loi de 1951, cette règle prive de leur statut les enfants de deux générations successives de mariages mixtes<sup>58</sup>. Autrement

<sup>57</sup> *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, c. 27 ; les dispositions pertinentes de cette loi sont maintenant intégrées aux articles 5 à 14.2 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

<sup>58</sup> Pour des illustrations, voir COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 35, p. 43-48.



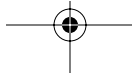


dit, le statut d'Indien n'est accordé qu'à ceux qui ont deux grands-parents indiens. C'est toujours une conception raciale qui anime cette règle : elle équivaut en effet à exiger 50 % de « sang indien »<sup>59</sup>, même si la loi est rédigée d'une manière si alambiquée que cela n'apparaît pas à la première lecture. De plus, l'application de la règle de la seconde génération à l'égard des personnes dont le statut a été régularisé en 1985 mène à des répercussions différentielles selon le sexe (en gros, les descendants des femmes réintégrées perdent plus rapidement leur statut que ceux des frères de ces femmes qui auraient épousé une non-autochtone). Ce problème est généralement connu sous le nom de « discrimination résiduelle ». Il en résulte que bien des gens qui se considèrent autochtones sont privés d'une reconnaissance officielle de leur statut.

Il est frappant de constater l'écart entre la vigueur de la contestation de l'aspect sexiste de la définition du statut d'Indien et celle de son aspect racial. C'est l'aspect sexiste des règles qui a été contesté en Cour suprême et aux Nations Unies, et c'est pour éliminer toute référence au sexe que le Parlement a modifié la *Loi sur les Indiens* en 1985. En comparaison, la « *double-mother rule* » (qui privait de statut les enfants de deux mariages mixtes successifs) a fait l'objet de peu de débats et il aura fallu vingt ans pour que son successeur, la règle de la seconde génération, fasse l'objet d'un procès<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> En principe, du moins, car les nombreuses exceptions qui figuraient dans l'ancienne loi et l'incohérence généralisée avec laquelle celle-ci était appliquée font que des personnes peuvent en réalité posséder le statut d'Indien en ayant beaucoup moins que 50 % de « sang indien ».

<sup>60</sup> Certains aspects de cette règle ont été déclarés inconstitutionnels dans la décision *McIvor c. Registrar, Indian and Northern Affairs Canada*, [2007] 3 C.N.L.R. 72 (C.S.C.-B.), rendue alors que le présent texte était sous presse et qu'il n'est pas possible d'analyser en détail. Nous nous contenterons de dire que cette affaire n'aborde pas de front la question de la validité de la règle de la seconde génération au regard de l'interdiction de la discrimination raciale.





### 3. Les codes d'appartenance des Premières Nations

Un des éléments fondamentaux de la réforme de la *Loi sur les Indiens* en 1985 a été l'attribution aux bandes indiennes du pouvoir de déterminer, par un vote majoritaire des membres adultes, leurs propres règles d'appartenance. Cependant, pour éviter que les bandes n'utilisent ce pouvoir pour nier aux femmes réintégrées la plupart des bénéfices associés au statut d'autochtone (comme le droit de résider sur la réserve, le droit de vote aux élections du conseil, etc.), le Parlement a inséré une disposition (l'article 10(4) de la *Loi*) qui garantit les droits acquis des personnes réintégrées : une bande ne peut pas nier le statut de membre à une personne qui possédait ce statut au moment de l'adoption du code d'appartenance. Plusieurs bandes ont tenté de rédiger des codes qui contournent cette exigence. Le ministre des Affaires indiennes a refusé de mettre certains de ces codes en vigueur<sup>61</sup>, alors que celui de la bande de Sawridge a été déclaré invalide par la Cour d'appel fédérale<sup>62</sup>.

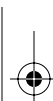
Environ la moitié des bandes indiennes du Canada ont adopté leurs propres codes d'appartenance, les autres étant encore régies par les dispositions de la *Loi*. La quasi-totalité de ces codes emploient l'ascendance comme principal critère d'attribution du statut de membre. Ces règles peuvent être rangées en quatre catégories générales<sup>63</sup> :

1. une personne est membre de la bande si ses deux parents en sont membres ;

<sup>61</sup> *Omeasoo c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1989] 1 C.N.L.R. 110 (C.F., 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>62</sup> *L'Hirondelle c. Canada*, [2003] 4 C.F. 748 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [2004] 3 R.C.F. 274 (C.A.).

<sup>63</sup> Cette classification a été établie par Stewart CLATWORTHY, « Impacts of the 1985 Amendments to the Indian Act on First Nations Populations », dans Jerry P. WHITE, Paul S. MAXIM and Dan BEAVON (dir.), *Aboriginal Conditions : Research as a Foundation for Public Policy*, Vancouver, UBC Press, 2003, p. 63, à partir d'un examen des codes adoptés jusqu'en 1992 ; les résultats sont confirmés par une analyse par l'auteur du présent texte des codes adoptés par les bandes de l'Ontario jusqu'en 2003.



MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

2. une personne est membre de la bande si elle possède 50 % de « sang indien » et qu'un de ses parents est membre de la bande ;
3. une personne est membre de la bande si elle possède le statut d'Indien et qu'un de ses parents est membre de la bande ;
4. une personne est membre de la bande si un de ses parents est membre de la bande.

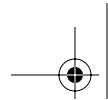
De plus, certains codes permettent à des individus qui ne satisfont pas à la règle de base fondée sur l'ascendance de présenter une demande d'admission. Un organisme de la bande tranche la demande en se fondant sur un certain nombre de critères. Un exemple de tels critères est fourni par le code d'appartenance de la Première Nation Chapleau Cree :

- a) whether the applicant is knowledgeable of the way of life culture, laws and history of the Chapleau Cree Band ;
- b) whether the applicant follows a way of life consistent with the common good of the Chapleau Cree Band ;
- c) the extent to which the applicant is prepared and able to support himself and his dependants, if any, in the Chapleau Cree Band community ;
- d) the social, cultural and family ties of the applicant to the Chapleau Cree Band ;
- e) how long the applicant has lived among the Chapleau Cree Band ;
- f) the availability of suitable land, housing and ancillary services which will be required to support the applicant and his family in the Chapleau Cree Band community ;
- g) any other consideration that in the opinion of the Chief and Council is relevant to the application or to the health, safety, good order and advancement of the Chapleau Cree Band.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Code d'appartenance de la bande Chapleau Cree, reproduit dans Larry GILBERT, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*, Toronto, Carswell, 1996, p. 169-171.





## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

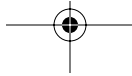
Comment départager les aspects raciaux, culturels et relationnels de ces définitions ? La préoccupation centrale pour l'ascendance peut, bien sûr, refléter une conception raciale de l'identité autochtone, surtout lorsqu'un code n'accorde le statut de membre qu'aux enfants de deux membres de la bande. Cependant, l'ascendance peut aussi refléter une préoccupation pour la transmission de la culture. Cela est particulièrement évident dans les codes qui, comme dans l'exemple cité plus haut, permettent de combler un déficit d'ascendance par une preuve de la connaissance des traditions, de la langue ou de l'histoire de la communauté concernée. Certains critères, comme les liens familiaux ou sociaux ou la durée de la résidence dans la communauté, peuvent aussi faire intervenir une conception relationnelle de l'identité.

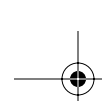
Même si la plupart de ceux-ci sont en vigueur depuis vingt ans, il n'existe aucune étude systématique de l'application concrète des codes d'appartenance des Premières Nations. Les bandes ne sont pas obligées de publier leur code ou les décisions prises en vertu de celui-ci<sup>65</sup> et il est particulièrement difficile d'obtenir des informations détaillées à ce sujet. Certaines décisions des tribunaux illustrent les tentatives de certaines bandes de contourner la règle des droits acquis et de nier le statut de membre aux femmes réintégrées par la « loi C-31 »<sup>66</sup> ou, de façon plus générale, de réserver à celles-ci un traitement défavorable<sup>67</sup>. On s'entend généralement

<sup>65</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 35, p. 52. De plus, même si la décision *Twinning c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 368 (1<sup>re</sup> inst.), semble indiquer que de tels codes doivent être divulgués, le ministère des Affaires indiennes a refusé de me communiquer de tels codes et il aura fallu l'intervention du Commissaire à l'information pour convaincre le ministère de changer d'idée.

<sup>66</sup> *L'Hirondelle c. Canada*, [2003] 4 C.F. 748 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [2004] 3 R.C.F. 274 (C.A.) ; *Omeasoo c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1989] 1 C.N.L.R. 110 (C.F., 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>67</sup> *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, [2000] 1 C.F. 513, [2000] 1 C.N.L.R. 205 (1<sup>re</sup> inst.) ; *Raphaël c. Conseil des Montagnais du Lac Saint-Jean*, Tribunal canadien des droits de la personne, 9 juin 1995 ; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 35, p. 54.





pour affirmer que les femmes réintégrées ont souvent été victimes de discrimination, mais la part de responsabilité du régime des codes d'appartenance dans ces mauvais traitements demeure inconnue. Encore une fois, il y a un risque de divergence entre l'identité autochtone et le statut de membre d'une bande.

#### 4. L'autodétermination des Inuits

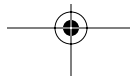
Les Inuits n'ont jamais été assujettis à la *Loi sur les Indiens*. Il n'y a jamais eu de règles législatives définissant le « statut d'Inuit », bien que le gouvernement fédéral ait tenu des registres administratifs. Par conséquent, lorsque l'État canadien a conclu des traités avec eux, à partir de 1975, il a fallu partir de zéro pour identifier les personnes qui pouvaient exercer les droits attribués aux Inuits.

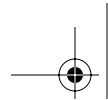
À l'origine, la Convention de la Baie-James et du Nord québécois prévoyait un système de transmission du statut de « bénéficiaire inuit » d'une génération à l'autre<sup>68</sup>. Pour qu'un enfant possède ce statut, il suffisait qu'un de ses parents soit lui-même inuit. Il n'y a donc aucune exigence de « proportion de sang inuit ». À long terme, ce système confère le statut d'Inuit à toute personne qui a au moins un ancêtre inuit. Cependant, les droits associés au statut de bénéficiaire inuit sont suspendus lorsqu'une personne réside durant plus de dix ans à l'extérieur du territoire visé par la Convention.

L'Accord du Nunavut, adopté en 1993, a mis en place un système radicalement différent. Selon cet accord, est admissible une personne qui « est un Inuk au sens des us et coutumes des Inuits », qui « se dit un Inuk » et qui a des liens avec le Nunavut<sup>69</sup>. Ainsi, les règles d'appartenance aux communautés inuites ne sont pas le fruit d'une négociation entre l'État fédéral et les Inuits ; elles tirent plutôt directement leur origine de l'ordre juridique inuit (les « us et coutumes »). Selon les informations dont nous disposons, les règles

<sup>68</sup> *Convention de la Baie-James et du Nord québécois (Canada)*, éd. 1998, Québec, Publications du Québec, 1998, chapitre 3.

<sup>69</sup> *Accord entre les Inuits de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, Ottawa, Tungavik et ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1993, art. 35.3.1.





qui sont concrètement appliquées varient légèrement d'une communauté à l'autre, mais elles ont pour point commun d'être principalement fondées sur une simple exigence d'ascendance, sans « proportion de sang » minimale : il suffit, pour être un Inuk, d'avoir un parent inuit. Récemment, la Convention de la Baie-James a été modifiée pour adopter un système semblable pour identifier les bénéficiaires inuits de la Convention<sup>70</sup>. Le même système d'auto-détermination des règles de l'appartenance a été intégré dans l'Accord des Inuits du Labrador, conclu en 2005<sup>71</sup>.

## 5. L'autodétermination des Métis

La constitution canadienne reconnaît que les Métis forment l'un des peuples autochtones du Canada<sup>72</sup>. Toutefois, la politique du gouvernement canadien à leur égard a historiquement été radicalement différente de celle qui visait les « Indiens ». En effet, le gouvernement avait pour politique de leur octroyer des terres en propriété privée et, dès lors, de considérer qu'ils n'étaient plus des « Indiens » assujettis à la compétence fédérale. Ainsi, il n'y a jamais eu de « Loi sur les Métis » fédérale, ni de définition législative d'un « statut de Métis ». Ce n'est qu'en Alberta qu'une loi provinciale adoptée en 1938 a réservé des terres au profit des Métis et a défini des règles permettant d'identifier les Métis qui peuvent résider sur ces terres<sup>73</sup>.

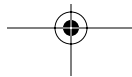
Cependant, la reconnaissance des droits ancestraux des Métis, dans la Constitution de 1982, devait changer la donne. Un des obstacles majeurs à la reconnaissance de tels droits était l'incertitude entourant l'identification de leurs titulaires : le droit canadien accordait des droits aux Métis sans donner quelque indication que ce

<sup>70</sup> Voir le nouveau chapitre 3A de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, inséré par la Convention complémentaire n° 18, concernant les Inuits du Nunavik.

<sup>71</sup> *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, Ottawa, ministère des Affaires Indiennes et du Nord canadien, 2004, articles 3.1.1 et 3.2.2.

<sup>72</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, App. II, n° 44, art. 35(2).

<sup>73</sup> *Metis Settlements Act*, R.S.A. 1990, c. M-14.3.



soit sur qui est Métis. C'est ce qui a motivé certaines associations de Métis, notamment celles qui représentent la Nation métisse de l'Ouest canadien, à mettre sur pied leurs propres registres et règles d'appartenance. Ces règles sont généralement fondées sur une résolution adoptée en 2002 par le Ralliement national des Métis, qui énonce que « Métis means a person who self-identifies as Métis, is of historic Métis Nation ancestry, is distinct from other Aboriginal peoples and is accepted by the Métis Nation »<sup>74</sup>.

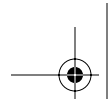
Dans l'arrêt *Powley*, rendu en 2003, la Cour suprême a accueilli favorablement les efforts des organisations métisses de mettre sur pied des systèmes de contrôle de l'appartenance individuelle. Cependant, la Cour a indiqué que l'émission d'une carte de membre par une telle organisation ne constituait pas nécessairement une preuve concluante du statut de Métis. De plus, la Cour a énoncé des balises qui encadrent le pouvoir des organisations métisses de définir leurs propres critères d'appartenance ; ainsi, la Cour retient « les trois facteurs principaux suivants comme indices tendant à établir l'identité métisse dans le cadre d'une revendication fondée sur l'article 35 : auto-identification, liens ancestraux et acceptation par la communauté »<sup>75</sup>. Le sens précis accordé à ces trois facteurs demeure flou. Quant aux liens ancestraux, la Cour se fonde sur les liens de parenté (y compris l'adoption), mais précise qu'elle n'exige aucune proportion minimale de « sang autochtone ». Cependant, des tribunaux de première instance ont subséquemment refusé de reconnaître comme métisses des personnes qui n'avaient qu'un ancêtre autochtone éloigné<sup>76</sup>.

Il semble que les efforts pour donner une définition juridique de l'identité métisse soient principalement inspirés par une conception

<sup>74</sup> Voir la définition sur le site du Ralliement national des Métis : <<http://www.metisnation.ca/who/definition.html>> (consulté le 9 novembre 2006), ainsi que le site de la Nation métisse de l'Ontario pour un exemple de système d'enregistrement : <<http://www.metisnation.org/insideMNO/registry.html>> (consulté le 9 novembre 2006).

<sup>75</sup> *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 224.

<sup>76</sup> *R. c. Chiasson*, [2002] 2 C.N.L.R. 220 (C.P.N.-B.), conf. par (2004) 270 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 357 (B.R.), permission d'appeler refusée, 2005 NBCA 82 ; *R. c. Castonguay*, [2003] 1 C.N.L.R. 177 (C.P.N.-B.).



## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

relationnelle de l'identité. En effet, la Cour suprême écarte d'emblée des exigences généalogiques rigides qui auraient pu avoir une connotation raciale. Elle met plutôt l'accent sur l'auto-identification de l'individu concerné et sur son acceptation par la communauté : « L'élément central du critère de l'acceptation par la communauté est la participation, passée et présente, à une culture commune, à des coutumes et traditions qui constituent l'identité de la communauté métisse et qui la distinguent d'autres groupes »<sup>77</sup>.

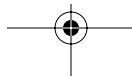
Un aspect de la définition de l'identité métisse doit être souligné : c'est l'exclusion des autres peuples autochtones. En clair : on ne peut être à la fois Indien et Métis. Ainsi, la loi albertaine n'autorise pas les personnes qui possèdent le statut d'Indien à résider dans les communautés métisses. Cette exigence reflète la conviction profonde des Métis de former un peuple distinct des Premières Nations de la même région. En ce sens, elle témoigne peut-être d'une conception relationnelle de l'égalité, c'est-à-dire que l'appartenance à un peuple autochtone exigerait une certaine loyauté qui serait incompatible avec la « double citoyenneté ». Cependant, son application à des individus pose problème, puisque le statut d'Indien n'est pas une affaire de choix individuel et qu'on ne peut, depuis 1985, y renoncer. Le tribunal d'appel des communautés métisses a statué que cette exclusion était contraire au droit à l'égalité<sup>78</sup>.

## II. LE DROIT À L'ÉGALITÉ COMME FACTEUR DE CONVERGENCE ?

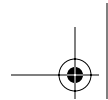
C'est sur un constat de divergence entre identité et statut que s'achève notre tour d'horizon des régimes juridiques de contrôle de l'appartenance aux peuples autochtones. Cette divergence est moins prononcée dans le cas des régimes mis sur pied récemment, comme ceux des Inuits ou des Métis. Cependant, la *Loi sur les Indiens* demeure hautement problématique et les informations dont nous disposons au sujet de la mise en œuvre des codes d'appartenance

<sup>77</sup> R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207, 225.

<sup>78</sup> *Vicklund c. Peavine Métis Settlement*, Métis Settlements Appeal Tribunal, ordonnance n° 160 (3 octobre 2004) ; voir cependant la décision en sens contraire dans *Peavine Métis Settlement c. Alberta (Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development)*, [2007] 4 C.N.L.R. 179 (B.R. Alta).







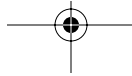
des bandes ne sont pas toujours encourageantes. La divergence entre l'identité et le statut est une source potentielle d'injustice. En effet, une personne dont le statut n'est pas reconnu se voit privée de la jouissance de droits destinés aux gens qui partagent une identité particulière. Par exemple, une personne dont le statut de membre d'une bande n'est pas reconnu ne peut résider sur la réserve de cette bande et ne peut voter aux élections du conseil.

Les droits de la personne peuvent-ils contribuer à réparer cette injustice et à combler le fossé qui sépare souvent le statut et l'identité ? Bien que certains autres droits fondamentaux, notamment le droit à la culture, aient parfois été invoqués, c'est le droit à l'égalité qui fait le mieux apparaître les problématiques liées à l'interaction entre identité et droits fondamentaux<sup>79</sup>.

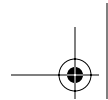
Il peut sembler paradoxal d'exiger que des lois ou des normes dont l'objectif est de différencier des individus se conforment à un impératif d'égalité. Pour bien comprendre les contraintes que le droit à l'égalité impose aux règles d'appartenance, il est nécessaire d'exposer sommairement la conception, dite « substantielle », de l'égalité qui sert de fondement à l'application du droit à l'égalité par les tribunaux canadiens. Il sera ensuite possible d'analyser la contribution potentielle du droit à l'égalité à la résolution des problèmes les plus difficiles posés par les règles d'appartenance, soit la persistance de discriminations fondées sur le sexe et l'utilisation de critères généalogiques fondés sur une « proportion de sang ». On pourra alors mesurer les limites de l'application judiciaire du droit à l'égalité à des réalités sociales complexes telle l'identité autochtone.

---

<sup>79</sup> En effet, j'ai démontré ailleurs que l'analyse de ces questions en fonction du droit à la culture donnait lieu à un cadre d'analyse très semblable à celui qui est utilisé en matière de droit à l'égalité : Sébastien GRAMMOND, *Equality, Minority Rights and Membership Control: The Case of Canada*, thèse de doctorat, Université d'Oxford, 2004.







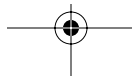
## A. La théorie de l'égalité substantielle

Toute théorie du droit à l'égalité doit faire face à la nécessité d'étudier des distinctions entre les individus et d'appliquer des règles différentes à des situations différentes. Par exemple, les lois pénales imposent des peines à ceux qui commettent des crimes, mais pas à ceux qui respectent la loi ; les lois sur les accidents de travail octroient une compensation à ceux qui sont victimes de tels accidents, mais pas aux autres ; et ainsi de suite. La véritable question n'est pas de savoir si la loi traite les gens de manière identique, mais plutôt si les différences de traitement qui découlent de la loi sont justifiées.

L'explication qui suit est nécessairement réductrice, mais on peut ranger les théories de l'égalité en deux grandes catégories, l'égalité formelle et l'égalité substantielle (parfois appelée égalité réelle). L'égalité formelle s'intéresse essentiellement à la cohérence interne des lois. Autrement dit, une loi respecte l'égalité formelle si les distinctions qu'elle emploie apparaissent reliées aux objectifs qu'elle poursuit. L'arrêt *Bliss* de la Cour suprême, rendu en 1979 et renversé depuis, donne un exemple frappant de raisonnement fondé sur l'égalité formelle : on avait jugé qu'une règle qui interdisait aux femmes enceintes de recevoir des prestations d'assurance-chômage était compatible avec le droit à l'égalité, puisque ces prestations étaient destinées aux personnes aptes à travailler et qu'il était raisonnable de penser qu'une femme enceinte ne se chercherait pas du travail ou ne pourrait pas le faire<sup>80</sup>.

Une analyse fondée sur l'égalité substantielle, au contraire, ne s'intéresse pas seulement à la cohérence de la loi par rapport à ses objectifs déclarés ou supposés, mais aussi et surtout à la réalité sociale à laquelle la loi s'applique et aux résultats concrets que l'application de la loi entraîne. C'est ce qui permet de contester des lois ou des politiques qui, bien qu'elles n'établissent formellement aucune distinction, ont des effets préjudiciables sur des groupes minoritaires. Par exemple, dans l'arrêt *Eldridge*, la Cour suprême a jugé que le défaut de l'État de fournir des interprètes gestuels aux

<sup>80</sup> *Bliss c. P.G. Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.



personnes sourdes qui recevaient des services publics de santé constituait de la discrimination<sup>81</sup>. L'égalité substantielle invite également à examiner la conformité des distinctions employées par le législateur aux réalités sociales que ces distinctions sont censées reproduire. Par exemple, dans l'arrêt *Martin*, la Cour suprême a jugé discriminatoire une règle qui réduisait considérablement les indemnités payables aux accidentés du travail lorsque ceux-ci souffraient de douleurs chroniques sans lésion apparente<sup>82</sup>. En effet, cette règle niait les besoins réels de ces personnes et les traitait plutôt en fonction d'un stéréotype voulant que les personnes souffrant de douleurs chroniques simulent leur condition.

En droit canadien, c'est une conception substantielle de l'égalité qui sous-tend la mise en œuvre par les tribunaux de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ainsi, les tribunaux appliquent un cadre d'analyse qui comprend des facteurs tels la correspondance entre les besoins ou les caractéristiques réelles du groupe concerné et la distinction employée par le législateur, l'effet particulier (positif ou négatif) de la loi sur un groupe vulnérable ou désavantagé ou l'importance du droit ou de l'intérêt affecté par la loi en cause<sup>83</sup>. Il ne faut toutefois pas croire que ce cadre d'analyse est appliqué de façon cohérente. Plusieurs auteurs ont dénoncé l'accent que met la Cour sur le concept de comparaison et les possibilités de manipulation de l'analyse que permet la sélection d'un groupe ou d'un autre à titre de groupe témoin ou de comparateur<sup>84</sup>. De plus, il a été démontré que l'examen judiciaire fondé sur le droit à l'égalité a tendance à devenir une analyse de justification selon un critère de proportionnalité<sup>85</sup>. Comme toute analyse de propor-

<sup>81</sup> *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

<sup>82</sup> *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504.

<sup>83</sup> *Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

<sup>84</sup> Daphne GILBERT et Diana MAJURY, « Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dumps Section 15 », (2006) 24 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 111.

<sup>85</sup> Janneke H. GERARDS, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005.

## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

tionnalité, cet examen peut obéir à un degré variable de sévérité et donner lieu à ce qu'il est convenu d'appeler la « déférence judiciaire » envers les choix du législateur, c'est-à-dire qu'un juge qui décide si une loi viole le droit à l'égalité pourra être enclin à donner le bénéfice du doute au législateur. Une telle déférence se manifeste souvent lorsque la loi attaquée porte sur des régimes complexes de bénéfices sociaux, dont les critères d'éligibilité emploient souvent une combinaison de distinctions qui peuvent paraître discriminatoires à première vue. Le cas le plus flagrant de cette hésitation des juges est l'arrêt *Gosselin*, dans lequel la Cour suprême a validé une loi québécoise qui réduisait d'une manière drastique les prestations d'aide sociale versées aux bénéficiaires de moins de 30 ans, obligeant ceux-ci à subvenir à leurs besoins avec 170 \$ par mois<sup>86</sup>.

Le principe de l'égalité substantielle est compatible avec des mesures qui accordent un traitement spécial aux membres d'un groupe défavorisé, en vue d'améliorer leur condition. L'article 15(2) de la *Charte canadienne* préserve explicitement la validité de telles mesures, qu'on appelle souvent « discrimination positive ». Cela a conduit la Cour suprême à vérifier, dans le cadre de son analyse du droit à l'égalité, si la loi contestée vise à améliorer le sort d'un groupe défavorisé. La Cour s'est montrée particulièrement tolérante envers des lois qui poursuivaient un tel objectif, même si celles-ci ne procuraient des bénéfices qu'à un sous-ensemble du groupe en question. Ainsi, la Cour n'a rien trouvé à redire contre un programme du gouvernement de l'Ontario qui visait la création d'un casino autochtone et qui répartissait les profits de celui-ci entre les bandes indiennes de la province, laissant de côté les Métis et les Premières Nations non reconnues comme bandes<sup>87</sup>. La Cour s'est contentée de dire que le projet de casino était un « programme ciblé » et que les Métis se trouvaient dans une situation différente de celle des

<sup>86</sup> *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S. 289 ; voir les critiques de Natasha KIM et Tina PIPER, « *Gosselin v. Quebec* : Back to the Poorhouse... », (2003) 48 *R.D. McGill* 749 ; David ROBITAILLE, « Vous êtes victime de discrimination et souhaitez en faire la preuve ? Bonne chance ! » (2002) 62 *R. du B.* 319.

<sup>87</sup> *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950.

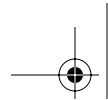
bandes indiennes, passant sous silence le fait que cette différence était principalement due aux politiques gouvernementales discriminatoires du passé.

L'application du droit à l'égalité aux peuples autochtones fait également entrer en jeu l'article 25 de la *Charte canadienne*, qui prévoit que la *Charte* « ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada ». On sait encore peu de choses sur le cadre d'application de cette disposition. Certains affirment qu'elle dispense les gouvernements autochtones de respecter la *Charte*<sup>88</sup>. D'autres affirment plutôt qu'elle ne fait qu'indiquer aux tribunaux que l'octroi de droits aux autochtones est un objectif légitime qui peut justifier des distinctions fondées sur les motifs énumérés à l'article 15 (sexe, race, etc.) ou analogues, mais n'empêche pas les tribunaux d'évaluer si la mesure contestée se justifie eu égard à cet objectif<sup>89</sup>. Quoi qu'il en soit, les tribunaux inférieurs ont généralement appliqué la *Charte* aux actes des bandes indiennes<sup>90</sup>, surtout lorsque ces actes sont spécifiquement autorisés par la *Loi sur les Indiens*, comme l'adoption d'un code d'appartenance. De plus, l'article 25 n'est d'aucun secours au Parlement fédéral lorsque celui-ci adopte les règles du statut d'Indien : il est difficile de voir en quoi la détermination de ces règles par l'État constitue un droit des peuples autochtones. Enfin, l'article 25 doit céder le pas devant l'article 28, qui interdit la discrimination sexuelle nonobstant toute autre disposition de la *Charte*. Une bande indienne ne pourrait donc pas invoquer l'arti-

<sup>88</sup> Kent McNEIL, « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 61.

<sup>89</sup> Ghislain OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ? », dans G. OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, P.U.L., 2004 ; voir, à ce sujet, l'arrêt *R. c. Kapp*, [2006] 3 C.N.L.R. 282, en appel à la Cour suprême.

<sup>90</sup> Voir, entre autres, *R. c. Campbell*, (1996) 142 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 496, [1997] 1 C.N.L.R. 120 (C.A. Man.); *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, [2000] 1 C.F. 513, [2000] 1 C.N.L.R. 205 (1<sup>re</sup> inst.); *Hall c. Dakota Tipi Indian Band*, [2000] 4 C.N.L.R. 108 (C.F., 1<sup>re</sup> inst.); *Francis c. Mohawk Council of Kanesatake*, [2003] 4 C.F. 1133 (1<sup>re</sup> inst.), par. 15 ; *Horse Lake First Nation c. Horseman*, (2003) 223 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 184 (Alberta Q.B.); *Clifton c. Bande indienne de Hartley Bay*, [2006] 2 R.C.F. 24.



cle 25 pour justifier des distinctions sexuelles dans son code d'appartenance.

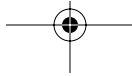
## B. Le statut d'autochtone à l'épreuve de l'égalité

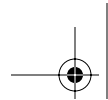
Comment le cadre d'analyse fondé sur l'égalité substantielle s'applique-t-il à des règles qui déterminent l'appartenance à un groupe autochtone ? J'aborderai la question d'un point de vue théorique, puis je donnerai quelques exemples.

Mon hypothèse est que le droit à l'égalité oblige les règles juridiques d'appartenance à refléter, autant que faire se peut, l'identité « réelle » ou « sociologique » du groupe autochtone concerné. Par exemple, si un groupe conçoit son identité principalement en termes linguistiques, des règles qui auraient pour effet d'exclure un grand nombre de personnes qui parlent la langue du groupe pourraient violer le droit à l'égalité. En effet, le droit à l'égalité, on l'a vu, exige d'abord un certain degré de correspondance entre les critères employés par la règle de droit contestée et les caractéristiques ou les besoins réels du groupe. Or, quelles sont les caractéristiques « réelles » des individus lorsqu'il est question de leur identité ? Il ne faut pas oublier que les sciences sociales considèrent aujourd'hui que l'identité possède un caractère construit, c'est-à-dire qu'elle est le produit de l'interaction sociale. Il n'y a donc pas d'identité « authentique » et un tribunal appelé à décider si des règles d'appartenance respectent le droit à l'égalité sera habituellement confronté à des conceptions divergentes de l'identité. Néanmoins, l'adoption d'un cadre d'analyse fondé sur l'égalité substantielle fait que le tribunal ne se limitera pas à la conception qui sous-tend les règles attaquées et pourra comparer celle-ci à des conceptions concurrentes.

Deux décisions permettent d'illustrer comment les tribunaux, pour juger de la validité de critères d'appartenance, ont tendance à comparer ces critères à ce qu'ils estiment être l'identité réelle de la personne concernée. Dans l'affaire *Lovelace*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies est parvenu à sa propre évaluation de l'identité ethnique de madame Lovelace :

Les personnes nées et élevées dans une réserve, qui ont gardé des liens avec leur communauté et souhaitent préserver ces





liens, doivent normalement être considérées comme appartenant à une minorité, au sens où l'entend le Pacte. Puisque Sandra Lovelace appartient à l'ethnie des Indiens Maliseet (*sic*) et qu'elle n'a quitté sa réserve natale que pendant les quelques années qu'a duré son mariage, elle peut, de l'avis du Comité, être considérée comme « appartenant » à cette minorité et se prévaloir du bénéfice de l'article 27 du Pacte.<sup>91</sup>

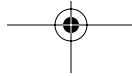
Ayant conclu que madame Lovelace était, *dans les faits*, une Malécite, le Comité a jugé que la disposition de la *Loi sur les Indiens* qui la privait du statut d'Indien violait ses droits fondamentaux. De la même manière, la Cour d'appel des États-Unis a jugé discriminatoires les règles d'appartenance d'un *pueblo* autochtone qui accordaient le statut de membre aux enfants d'un père lui-même membre, mais pas aux enfants d'une mère membre. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a noté que la plaignante parlait la langue du *pueblo*, avait grandi dans le *pueblo* et participait à tous égards à la culture du *pueblo* :

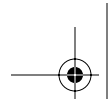
The children of Julia and Myles Martinez are 100 percent Indian and 50 percent Santa Clara. They speak the language of the Santa Clara Pueblo, namely, Tewa. They practice the customs of the Tribe and are accepted into the Tribe's religion ; nevertheless, they are denied membership [...]. The Tribe has not shown how such an incongruous and unreasonable result fosters and promotes cultural survival.<sup>92</sup>

Évidemment, une telle approche n'est pas exempte de problèmes. Les juges se trouvent en effet à isoler certains attributs culturels du groupe concerné pour en faire des paramètres de l'identité réelle, de l'identité *dans les faits*, à laquelle la règle d'appartenance doit

<sup>91</sup> *Lovelace c. Canada*, précité, note 55, par. 14 ; bien que la décision du Comité ait été fondée sur le droit à la culture, la méthode d'analyse est très semblable à ce qu'elle aurait été si le Comité s'était fondé directement sur le droit à l'égalité.

<sup>92</sup> *Martinez c. Santa Clara Pueblo*, 540 F.2d 1039 (10<sup>th</sup> Cir., 1976), à la p. 1047 ; la Cour suprême des États-Unis a infirmé ce jugement au motif que les tribunaux fédéraux n'avaient pas juridiction pour appliquer l'*Indian Civil Rights Act* aux décisions des peuples autochtones : *Santa Clara Pueblo c. Martinez*, 436 U.S. 49 (1978).





## L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT

se conformer sous peine d'invalidité. Or, on a vu plus haut que de tels attributs culturels ne peuvent être figés. Il faut plutôt considérer que chaque membre du groupe peut avoir sa propre conception de l'identité du groupe et qu'il est probable que ces conceptions individuelles ne se recoupent pas totalement, laissant ainsi un espace de débat au sein du groupe au sujet de ce qui constitue son identité. Un juge appelé à statuer dans ces conditions est placé dans une bien difficile position : n'étant pas lui-même, dans la plupart des cas, membre du peuple autochtone en cause, il doit néanmoins arbitrer entre des conceptions concurrentes de l'identité de ce groupe. De plus, il est irréaliste d'exiger une correspondance parfaite entre les critères employés par la loi et la situation ou les besoins réels de chaque individu<sup>93</sup>.

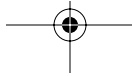
Malgré ces obstacles, le droit à l'égalité possède tout de même le potentiel pour apporter une contribution positive à l'évaluation des critères d'appartenance d'un peuple autochtone. La discrétion dont jouit le juge permet, le cas échéant, de critiquer les conceptions concurrentes de l'identité qui sont présentes au sein du groupe. Par exemple, un juge pourra refuser de tenir compte d'une conception purement raciale qui serait invoquée au soutien de critères généalogiques rigides. Les exemples mentionnés plus haut montrent d'ailleurs comment un tribunal peut mettre de côté des conceptions sexistes. De plus, le droit à l'égalité peut susciter des discussions et des débats au sein même du peuple concerné et favoriser l'émergence d'un consensus autour d'une conception plus acceptable de l'identité<sup>94</sup>.

### 1. La discrimination sexuelle

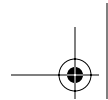
Le premier aspect des règles du statut d'autochtone qui a dû être mis en conformité avec le droit à l'égalité est le traitement

<sup>93</sup> Voir, par exemple, *Manoli c. Canada (Commission de l'assurance-emploi)*, [2005] 4 R.C.F. 657 (C.A.F.).

<sup>94</sup> John BORROWS, « Contemporary Traditional Equality: The Effect of the Charter on First Nations Politics », (1994) 43 *U.N.B.L.J.* 19; Caroline DICK, « The Politics of Intragroup Difference: First Nations' Women and the Sawridge Dispute », (2006) 39 *Revue canadienne de science politique* 97.





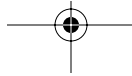


différent réservé aux femmes. Rappelons-le, selon l'ancienne *Loi sur les Indiens*, la femme indienne qui épousait un non-Indien perdait son statut, alors que l'homme indien qui épousait une non-Indienne transmettait son statut à celle-ci. Suite à l'échec de la contestation en Cour suprême et à la décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies fondée sur le droit à la culture, mais non sur le droit à l'égalité, c'est dans l'arène du Parlement que les efforts de réforme ont été déployés. Il est indéniable que le principal motif que l'on faisait valoir en faveur d'une réforme était la discrimination sexuelle qui découlait des anciennes règles. Par contre, l'opposition au changement, notamment de la part de l'Assemblée des Premières Nations, était davantage justifiée par des motifs stratégiques (le désir d'obtenir un règlement global de la question de l'autonomie gouvernementale plutôt qu'une réforme à la pièce) ou des craintes concernant les ressources qui seraient nécessaires pour accueillir dans les réserves les femmes à qui on se proposait de rendre leur statut. Il n'y a donc pas eu de véritable débat au sujet de la portée du droit à l'égalité dans son application aux critères d'appartenance : tous les acteurs importants s'entendaient explicitement ou implicitement pour considérer la loi de l'époque comme discriminatoire.

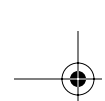
La « loi C-31 », adoptée en 1985 pour réformer la *Loi sur les Indiens*, n'a pas fait consensus, loin s'en faut. Pour nos fins, nous nous concentrerons sur un aspect de l'opposition à cette loi : la poursuite intentée par la bande de Sawridge pour faire déclarer cette loi invalide, au motif que celle-ci violerait les droits ancestraux de la bande, notamment le droit de faire prévaloir sa prétendue règle traditionnelle d'appartenance selon laquelle « qui prend mari, prend pays ». Si l'on aborde cette affaire du point de vue du droit à l'égalité, le paradoxe est apparent : l'exigence voulant que la règle d'appartenance doive se conformer à l'identité réelle du groupe mène à la conclusion qu'une règle neutre est invalide et qu'il faut remplacer celle-ci par une règle qui désavantage les femmes.

L'affaire *Sawridge* a fait l'objet d'un premier jugement de la Cour fédérale en 1995<sup>95</sup>. Se faisant l'arbitre entre les historiens qui

<sup>95</sup> *Bande de Sawridge c. Canada*, [1996] 1 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.), nouveau procès ordonné : [1997] 3 C.F. 580 (C.A.).





*L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT*

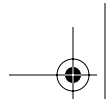
avaient témoigné de part et d'autre, le juge Muldoon a statué que la règle « qui prend mari, prend pays » n'était pas une règle traditionnellement suivie par la bande de Sawridge à l'époque de la colonisation de l'Ouest canadien et de la signature de traités. Cependant, le motif déterminant de son jugement était qu'une telle règle, même si elle avait été prouvée, devait nécessairement être écartée en raison de l'article 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui prévoit que « Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes ». Selon le juge, cette disposition assurait la primauté de l'égalité entre les sexes sur tout autre aspect du droit à l'égalité ou d'autres droits. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale en raison de la partialité apparente du juge Muldoon ; au moment d'écrire ces lignes, le nouveau procès n'est pas encore terminé.

Cette affaire démontre que le droit à l'égalité, renforcé par l'article 35(4), possède non seulement le potentiel d'éliminer les aspects discriminatoires de règles d'appartenance, mais aussi de forcer une remise en question des conceptions identitaires du groupe concerné. On ne peut que spéculer sur les motivations profondes de la bande de Sawridge à avancer une conception identitaire sexiste. Dans un mémoire présenté au Parlement en 1985, un groupe de bandes de l'Alberta qui comprend la bande de Sawridge a affirmé que les femmes qui avaient épousé un non-Indien avaient adopté un mode de vie individualiste et qu'elles mettraient la culture autochtone en danger s'il leur était permis de retourner vivre sur les réserves<sup>96</sup>. Il est également possible que les membres de la bande de Sawridge, qui serait la plus riche au Canada en raison de ses réserves pétrolières, ne souhaitent pas être obligés de partager leur richesse avec un nombre considérablement accru de membres. Si ces hypothèses sont avérées, le droit à l'égalité permettrait de juger la validité des motifs avancés par la bande au soutien d'une conception sexiste de l'identité.

---

<sup>96</sup> Members of the Treaty Eight Group of Indian Bands, *Presentation to the House of Commons Standing Committee on Indian Affairs and Northern Development* (25 mars 1985) [document en possession de l'auteur].





## 2. L'emploi de critères généalogiques

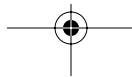
Contrairement à la question de la discrimination sexuelle, qui suscite des réactions quasi unanimes, l'emploi de critères généalogiques pour déterminer le statut d'autochtone mène à des conclusions confuses. Le recours à l'ascendance pour décider qui est autochtone est trop ancré dans les esprits pour être aussitôt dénoncé comme contraire au droit à l'égalité. Comme le soulignait un tribunal américain en 1965 : « it seems obvious that whenever Congress deals with Indians and defines what constitutes Indians or members of Indian tribes, it must necessarily do so by reference to Indian blood »<sup>97</sup>. Malgré cela, les tribunaux commencent à faire face à des contestations d'exigences relatives à l'ascendance.

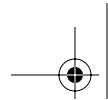
Le cas de l'adoption est le plus frappant : un groupe autochtone peut-il exclure les enfants non autochtones adoptés par ses membres, parce qu'ils n'auraient pas de « sang indien » ? Le Tribunal canadien des droits de la personne a dû statuer sur le cas de Peter Jacobs, dont les parents biologiques n'étaient pas autochtones, mais qui a été adopté dans sa tendre enfance par des Mohawks de Kahnawake. Le Conseil mohawk de Kahnawake avait tenté de justifier l'exclusion de Jacobs par la nécessité de préserver la culture mohawk contre l'influence des non-autochtones. Bien que le Tribunal ait souligné l'importance de la préservation de la culture autochtone, il a statué, en se fondant sur sa propre évaluation des attributs culturels de Jacobs, que celui-ci ne constituait pas une menace et que rien ne justifiait son exclusion :

Peter et Trudy ont été élevés dans le respect des valeurs mohawks. Ils adhèrent aux traditions et aux valeurs mohawks. Peter peut s'exprimer dans la langue mohawk même s'il ne la parle pas couramment. Trudy est une femme mohawk. Leurs enfants sont élevés comme des Mohawks et fréquentent une école d'immersion mohawk. Peter est déjà propriétaire d'un terrain sur le territoire de la réserve et y a construit le domicile familial. En maintenant son intention de faire valoir sa plainte

---

<sup>97</sup> *Simmons c. Eagle Seelatsee*, 244 F.Supp. 808 (E.D. Wash., 1965), 814, décision confirmée sur requête par la Cour suprême : 384 U.S. 209 (1966).



*L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT*

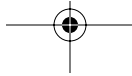
au cours des sept dernières années, Peter a démontré une volonté ferme et résolue d'appartenir à la collectivité de Kahnawake et d'y contribuer comme tous les autres Mohawks. Que Peter et Trudy puissent raisonnablement être considérés comme une menace à la culture mohawk au motif qu'ils n'appartiennent pas à la collectivité ou comme une menace aux assises territoriales de la réserve ou à ses ressources foncières est tout simplement injustifiable.<sup>98</sup>

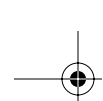
On voit donc que le droit à l'égalité a permis d'écarter une conception raciale de l'identité autochtone, qui tenait l'ascendance biologique pour déterminante. Le Tribunal y a substitué une conception culturelle, selon laquelle l'identité autochtone devient incontestable dès lors qu'un individu a été élevé au sein de la communauté, adhère à ses valeurs et en parle la langue.

Une situation légèrement différente s'est présentée dans l'affaire *Grismer*<sup>99</sup>. Le code d'appartenance de la Première Nation Squamish accordait le statut de membre aux enfants adoptés avant l'âge de 18 ans par deux membres de la bande. Tout autre enfant adopté, soit à l'âge adulte, soit par un membre de la bande et un non-membre, était inéligible. La Cour fédérale a jugé qu'une telle règle constituait une restriction au droit à l'égalité, mais qu'elle était justifiée, puisqu'elle visait à préserver la culture et l'identité de la bande, qu'elle reflétait la tradition de la bande de ne pas admettre une personne qui n'avait pas de lien de sang avec la bande et qu'elle constituait un compromis acceptable. À certains égards, les motifs de la Cour laissent perplexe. En effet, le juge semble suggérer que la perpétuation d'une conception de l'identité autochtone fondée sur le sang constitue une raison valable de mettre de côté le droit à l'égalité. La décision pourrait cependant mieux s'expliquer si l'on considère que la référence au sang traduit une référence à la transmission de la culture ou à une conception relationnelle de l'identité ; or, dans un tel cas, les règles restrictives concernant l'adoption

<sup>98</sup> *Jacobs c. Mohawk Council of Kahnawake*, [1998] 3 C.N.L.R. 68 (T.C.D.P.) ; version française disponible à <[http://www.chrt-tcdp.gc.ca/search/files/t393\\_0994df\\_03\\_11.pdf](http://www.chrt-tcdp.gc.ca/search/files/t393_0994df_03_11.pdf)> (consulté le 7 février 2007).

<sup>99</sup> *Grismer c. Squamish First Nation*, [2007] 1 C.N.L.R. 146 (C.F.).





## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

sont plus difficiles à justifier. Quoi qu'il en soit, cette affaire témoigne de l'hésitation des tribunaux à porter un jugement sur les différentes conceptions de l'identité autochtone qui leur sont proposées, même si des droits fondamentaux sont en jeu, ainsi que du peu de familiarité des juristes avec les différentes conceptions de l'identité dégagées par les sciences sociales.

La question qui risque de retenir l'attention des tribunaux au cours des prochaines années est celle de la validité de la règle de la seconde génération<sup>100</sup>, qui découle de l'article 6(2) de la *Loi sur les Indiens* et qui prive de statut les enfants de deux mariages mixtes successifs, ou encore d'exigences de « proportion de sang indien » contenues dans le code d'appartenance de certaines bandes. Le cas de l'article 6(2) est particulièrement intéressant, car la règle exclusivement généalogique que pose cet article semble fondée sur une conception raciale de l'identité. Une telle règle semble d'autant plus difficile à justifier qu'elle est adoptée par l'État, non par les peuples autochtones, qu'elle ne vise pas la préservation de l'identité ou de la culture autochtone et que son objectif principal semble être de limiter les dépenses que l'État fédéral consacre aux personnes qui possèdent le statut d'Indien. La question des codes d'appartenance est plus nuancée, car ceux-ci sont adoptés par les peuples autochtones concernés, en tenant compte de leurs traditions et de ce qui est nécessaire pour assurer la préservation de leur culture. De plus, de nombreux codes, à l'instar de celui de la bande de Chapleau, cité plus haut, tempèrent les exigences généalogiques par la possibilité de se fonder sur des attributs culturels, voire relationnels, comme moyen alternatif d'établir l'appartenance d'un individu. On peut donc penser que de tels codes survivront plus aisément à des contestations fondées sur la *Charte canadienne*.

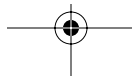
\*

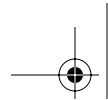
\* \*

La juxtaposition des perspectives juridiques et sociales sur l'identité autochtone est enrichissante pour les deux disciplines.

---

<sup>100</sup> Voir *supra*, note 60.



*L'IDENTITÉ AUTOCHTONE SAISIE PAR LE DROIT*

En effet, les sciences sociales distinguent plusieurs conceptions de l'identité (raciale, culturelle, relationnelle) et mettent l'accent sur le caractère construit de ces conceptions, c'est-à-dire sur le fait qu'elles sont le produit de l'esprit humain et non le reflet de quelque différence essentielle ou naturelle entre les individus. L'étude du droit qui régit ces questions permet, quant à elle, de souligner le rôle de l'État et des lois dans la construction de ces conceptions et, plus particulièrement, dans la légitimation d'une conception raciale assaisonnée de sexisme culturel dont nous avons encore du mal à nous défaire aujourd'hui. La comparaison entre les conceptions autochtones de l'identité (« dans les faits ») et les règles juridiques d'appartenance fait apparaître un fossé, moins large qu'auparavant, mais néanmoins bien réel, dans lequel tombent bien des gens qui se considèrent autochtones et qui sont considérés comme tels par leurs pairs, mais à qui la loi refuse le statut.

Invoquer le droit à l'égalité, protégé par la *Charte canadienne*, permet-il de combler ce fossé, de forcer la loi à refléter adéquatement l'identité vécue ? Le principe de l'égalité entre les sexes a mené à la révision de la *Loi sur les Indiens* et à l'élimination de règles grossièrement discriminatoires. Cependant, lorsque le regard se tourne vers les critères généalogiques, susceptibles d'être le reflet d'une conception raciale de l'identité, la vue s'embrouille. Les tribunaux commencent néanmoins à affirmer que certaines distinctions à saveur généalogique sont incompatibles avec le droit à l'égalité. On ne peut que souhaiter que les décisions que les tribunaux seront appelés à rendre à ce sujet au cours des prochaines années témoigneront d'une compréhension de l'état du savoir en sciences sociales au sujet de l'identité ethnique, en particulier de l'identité autochtone. Les juges pourront alors mieux apprécier la légitimité des différentes règles qui leur seront soumises et des conceptions de l'identité qui les sous-tendent.

